



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 25 oktober 2018¹

Mål C-469/17

**Funke Medien NRW GmbH
mot
Bundesrepublik Deutschland**

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Rätt till mångfaldigande – Rätt till överföring av verk till allmänheten och rätt att göra andra skyddade alster tillgängliga för allmänheten – Undantag och inskränkningar – Former för medlemsstaternas införlivande – Bedömning mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna – Uttömmande karaktär”

Inledning

1. ”På västfronten intet nytt.” Så lød budskapet i den sannolikt mest kända militärrapporten i litteraturhistorien. Denna fras, som finns i Erich Maria Remarques roman med samma titel,² har naturligtvis varit skyddad av upphovsrätten tillsammans med resten av verket. I det nu aktuella målet ska domstolen besvara en mer komplicerad fråga. Kan en militärrapport, som inte är fiktiv utan helt och hållet verklig, omfattas av upphovsrätten, såsom den harmoniserats i unionsrätten, på samma sätt som andra litterära verk?

2. Frågan leder i sin tur till två andra frågeställningar. Uppfyller en sådan rapport för det första kraven för att kunna betraktas som ett upphovsrättsligt skyddsvärt verk, enligt vad som följer av själva arten av upphovsrätten men också av domstolens praxis? Ska hänsyn för det andra tas till andra faktorer, i synnerhet till den yttrandefrihet som skyddas av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), i syfte att inskränka eller till och med utesluta ett upphovsrättsligt skydd? Jag anser att dessa båda frågeställningar måste besvaras för att den hänskjutande domstolen ska kunna få ett ändamålsenligt svar.

¹ Originalspråk: franska.

² Remarque, E.M., *Im Westen nichts Neues*, Propyläen Verlag, Berlin, 1929; svensk översättning: Curt Berg, Bonnier, Stockholm, 1929.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3. Artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet³ har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis

a) för upphovsmän: av deras verk,

...”

4. I artikel 3.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.”

5. I artikel 5.3 c och d i direktivet anges följande:

”Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

...

c) Mångfaldigande av pressen, överföring till allmänheten eller tillgängliggörande av utgivna artiklar om aktuella ekonomiska, politiska eller religiösa ämnen eller av verk eller andra alster av liknande slag i radio- eller televisionssändningar om sådan användning inte är förenad med uttryckliga förbehåll och förutsatt att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, eller användning av verk eller andra alster i samband med nyhetsrapportering, i den utsträckning som är motiverad med hänsyn till informationssyftet och förutsatt att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt.

d) Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten, att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, och att användningen sker i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

...”

³ EGT L 167, 2001, s. 10.

Tysk rätt

6. Direktiv 2001/29 har införlivats med tysk rätt genom Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) av den 9 september 1965 (nedan kallad UrhG). I 2 § i denna lag räknas olika kategorier av skyddade verk upp. I 2 § 2 punkten föreskrivs följande:

”Med verk avses i denna lag endast personliga intellektuella skapelser.”

7. I 5 § i samma lag anges följande när det gäller skydd av officiella handlingar:

”1. Lagar, dekret, förordningar eller officiella kungörelser samt beslut och motiveringar till dessa beslut ska inte omfattas av upphovsrätt.

2. Upphovsrätt ska inte heller omfatta andra officiella handlingar som i förvaltningens intresse har spritts till allmänheten för kännedom. Bestämmelserna i artiklarna 62.1–62.3, 63.1 och 63.2 om förbud mot ändring av verk och källangivelse gäller dock i tillämpliga delar.

...”

8. Upphovsmannens rätt till mångfaldigande och rätt till överföring till allmänheten skyddas enligt 15 § 1 punkten och 15 § 2 punkten UrhG. I 50 § och 51 § i denna lag fastställs undantag för rapportering av aktuella händelser och citat.

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

9. Svaranden (Bundersrepublik Deutschland (Föbundsrepubliken Tyskland)) låter varje vecka upprätta en militär lägesrapport om den federala försvarsmakten Bundeswehrs insatser utomlands och om utvecklingen i insatsområdena. Dessa rapporter riktar sig, under beteckningen ”Unterrichtung des Parlaments” (parlamentetsinformation, nedan kallad UdP), till vissa ledamöter av Bundestag (tyska förbundsdagen), till enheter vid Bundesministerium der Verteidigung (tyska federala försvarsministeriet) och till andra federala ministerier samt till vissa avdelningar som lyder under den federala försvarsministern. En sådan UdP är säkerhetskyddsklassificerad med sekretessgraden Begränsad, den lägsta sekretessnivån. Svaranden offentliggör parallellt sammanfattningar av UdP:erna under beteckningen ”Unterrichtung der Öffentlichkeit” (information till allmänheten, nedan kallad UdÖ).

10. Käranden, Funke Medien NRW GmbH (nedan kallat Funke Medien), är ett bolag bildat enligt tysk rätt som driver dagstidningen Westdeutsche Allgemeine Zeitungs webbplats. Den 27 september 2012 begärde Funke Medien tillgång till alla UdP:er som upprättats under perioden från den 1 september 2001 till den 26 september 2012. Ansökan avslogs med motiveringen att ett utlämnande av uppgifterna skulle kunna få negativa följder för den federala försvarsmaktens känsliga säkerhetsintressen. Svaranden fick ändå på okänt sätt tillgång till en stor del av dessa UdP:er och publicerade flera av dem under beteckningen ”Afghanistan-Papiere” (Afghanistandokument).

11. Förbundsrepubliken Tyskland ansåg att Funke Medien begått intrång i upphovsrätten till dessa rapporter och väckte talan om förbudsföreläggande mot bolaget. Denna talan bifölls av Landgericht (regional domstol, Tyskland). Funke Mediens överklagande av detta avgörande ogillades av domstolen i andra instans. Funke Medien överklagade även denna dom och vidhöll sina yrkanden att förbudstalan skulle ogillas.

12. Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen) beslutade under de förutsättningarna att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1) Föreligger det ett handlingsutrymme vid införlivandet med nationell lagstiftning av de unionsrättsliga bestämmelserna om ensamrätt till mångfaldigande (artikel 2 a i direktiv 2001/29) och till överföring till allmänheten inbegripet tillgängliggörande för allmänheten (artikel 3.1 i direktiv 2001/29) för upphovsmän av deras verk och om undantag eller inskränkningar av dessa rättigheter (artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29)?
- 2) På vilket sätt ska de grundläggande rättigheterna i [stadgan] beaktas vid fastställandet av räckvidden för de undantag eller inskränkningar som föreskrivs i artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29 av upphovsmännens ensamrätt till mångfaldigande (artikel 2 a i direktiv 2001/29) och till överföring till allmänheten inbegripet tillgängliggörande för allmänheten (artikel 3.1 i direktiv 2001/29) av deras verk?
- 3) Kan de grundläggande rättigheterna till informationsfrihet (artikel 11.1 andra meningen i [stadgan] eller pressfrihet (artikel 11.2 i [stadgan]) motivera undantag eller inskränkningar av upphovsmännens ensamrätt till mångfaldigande (artikel 2 a i direktiv 2001/29) och till överföring till allmänheten inbegripet tillgängliggörande för allmänheten (artikel 3.1 i direktiv 2001/29) av deras verk som inte omfattas av de undantag eller inskränkningar som föreskrivs i artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29?”

13. Begäran om förhandsavgörande inkom till EU-domstolen den 4 augusti 2017. Skriftliga yttranden har inkommit från Funke Medien, den tyska, den franska och den brittiska regeringen samt från Europeiska kommissionen. Samma parter närvarade genom ombud vid förhandlingen den 3 juli 2018.

Bedömning

Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

14. Tvisten i det nationella målet avser Funke Mediens överföring till allmänheten av UdP:er, det vill säga periodiska informationsrapporter om den federala försvarsmaktens insatser utomlands, vilka rapporter Förbundsrepubliken Tyskland anser sig ha upphovsrätt till. Det exakta innehållet i dessa handlingar är inte känt, eftersom Funke Medien tvingats ta bort dem från sin webbplats. Det finns emellertid UdÖ:er att tillgå, det vill säga offentliga versioner av UdP:er. Vid förhandlingen var parterna inte ense om skillnaden mellan dessa båda versioner. Den tyska regeringen menade att en UdP var betydligt mer omfattande än en UdÖ, medan Funke Medien menade att en UdP endast innehöll ett fåtal fler uppgifter än en UdÖ. Den omständigheten att Funke Medien beslutade att offentliggöra de UdP:er som bolaget hade lyckats få tag på visar i varje fall att det finns skillnader mellan de två versionerna med avseende på vilka uppgifter som redovisas. Jag anser emellertid att man kan anta att formen (uttrycket, i upphovsrättsligt avseende) är densamma i båda fallen, även om en UdP innehåller mer detaljerade uppgifter. Denna form, så som den framgår av UdÖ:erna, väcker starka tvivel på att dessa handlingar ska betraktas som verk som omfattas av upphovsrätt. Det rör sig nämligen om rena informationshandlingar som är skrivna på ett neutralt och standardiserat språk och som innehåller noggranna redogörelser för händelser eller information om att det inte har inträffat något av intresse.⁴

⁴ För att ge ett exempel ska jag citera ett stycke ur den UdÖ som var den senaste tillgängliga då detta förslag till avgörande utarbetades, UdÖ nr 36/18 av den 5 september 2018. På första sidan finns en översiktskarta över en del av världen som visar i vilka länder den federala försvarsmakten deltar i uppdrag. Efter kartan finns en förteckning över dessa uppdrag. Uppgifterna redovisas sedan i samma ordning som de olika uppdragen, till exempel på följande sätt:

15. En allmänt accepterad princip är att upphovsrätt inte skyddar tankar utan uttryck. Tanken är fri, enligt en klassisk formulering,⁵ i den meningen att tankar inte kan monopoliseras genom upphovsrätt, i motsats till vad som är fallet exempelvis med patent som skyddar idéer och uppfinningar bland annat. Det är sättet som tankarna har formulerats på i ett verk som omfattas av upphovsrätt. Tankarna i sig, fristående från varje verk, får alltså återges och spridas fritt.

16. Detta undantag från upphovsrätten för tankar inbegriper ”bruttoinformation”, det vill säga uppgifter som presenteras som sådana. Denna information kan visserligen framträda i form av en text, men det rör sig ändå om en grundläggande text som enbart ger svar på de tre grundläggande frågorna vem, vad och när. En sådan text innehåller ingen försköning, utan informationens uttryck sammanfaller med själva informationen. Om uttrycket monopoliserades genom upphovsrätten skulle det således vara informationen som monopoliserades. Detta undantag för bruttoinformation fanns redan i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, undertecknad i Bern den 9 september 1886 (Parisakten av den 24 juli 1971), i dess lydelse enligt ändringen den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen). Bernkonventionen är det främsta internationella instrumentet för upphovsrättsligt skydd, och i artikel 2.8 i konventionen anges följande: ”Skydd enligt denna konvention äger icke rum i fråga om nyhetsmeddelanden eller i fråga om notiser vilka endast har karaktären av vanliga tidningsmeddelanden.”⁶

”Resolute Support (RS)/NATO-Einsatz in Afghanistan

Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Deutsches Einsatzkontingent

Die Operationsführung der afghanischen Sicherheitskräfte (Afghan National Defence and Security Forces/ANDSF) in der Nordregion konzentrierte sich im Berichtszeitraum auf die Provinz Faryab mit Schwerpunkt im Raum nördlich von Maimanah. Darüber hinaus wurden Operationen in den Provinzen Baghlan, Badakhshan, Kunduz und Takhar durchgeführt. Für den Bereich Kunduz gilt unverändert, dass das seit November 2016 gültige Sicherheitskonzept der ANDSF für das Stadtgebiet Kunduz für weitgehende Sicherheit und Stabilität sorgt.

Im Verantwortungsbereich des TAAC North kam es im Berichtszeitraum zu verschiedenen Angriffen auf Kontroll- und Sicherungsposten der ANDSF.

Deutsche Beteiligung: 1.124 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Resolute Support (RS)/FN-uppdrag i Afghanistan

Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/tyska insatsstyrkan

De afghanska säkerhetsstyrkornas insatser i norra regionen var under den aktuella perioden inriktade på provinsen Faryab och framför allt regionen norr om Maimanah. Insatser genomfördes också i provinserna Baghlan, Badakhshan, Kunduz och Takhar. I Kunduz-regionen har det säkerhetskoncept som validerats av ANDSF pågått sedan november 2016 för att garantera säkerhet och stabilitet i staden Kunduz.

I TAAC Norths ansvarsområde har ANDSF:s kontroll- och säkerhetsposter angripits flera gånger under referensperioden.

Tyskt deltagande: 1 124 soldater (2018–09–03)].

Kosovo Force (KFOR)/NATO-Einsatz im Kosovo

Keine berichtenswerten Ereignisse.

Deutsche Beteiligung: 315 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Kosovo Force (KFOR)/FN-uppdrag i Kosovo

Inga händelser av intresse.

Tyskt deltagande: 315 soldater (2018–09–03)].

...”

5 Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, s. 151.

6 Europeiska unionen är inte part i Bernkonventionen, men i WIPO:s fördrag om upphovsrätt, som antogs i Genève den 20 december 1996 och trädde i kraft den 6 mars 2002. Enligt detta fördrag är de parter som undertecknat fördraget skyldiga att iakttä artiklarna 1–12 i Bernkonventionen (se rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram (EGT L 89, 2000, s. 6). Unionens rättsakter om upphovsrätt ska därför tolkas mot bakgrund av Bernkonventionen (se dom av den 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punkterna 34 och 35).

17. För att ett uttryck ska betraktas som verk i upphovsrättslig mening, ska det också vara ”originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.”⁷ Domstolen har härlett detta villkor för upphovsrätt, såsom den harmoniserats i unionsrätten och i synnerhet genom direktiv 2001/29, ur systematiken i direktivet och Bernkonventionen. Det betyder dock inte att villkoret är ett unionsrättsligt påfund. Det förekommer nämligen i de flesta nationella lagstiftningar om upphovsrätt, åtminstone i de kontinentala rättssystemen.⁸ Det härrör således i viss mån från medlemsstaternas rättstraditioner.

18. I unionens upphovsrätt är begreppet ”upphovsmannens egen intellektuella skapelse” den främsta beståndsdelen i definitionen av verk, som i sig är ett självständigt begrepp i unionsrätten. Denna definition har sedan vidareutvecklats i EU-domstolens rättspraxis efter domen Infopaq International.⁹ EU-domstolen har förklarat att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen om den avspeglar hans eller hennes personlighet. Så är fallet när upphovsmannen i samband med skapandet av sitt verk har kunnat uttrycka sin kreativa kapacitet genom att göra fria och kreativa val.¹⁰ När uttrycket av det aktuella alstrets komponenter däremot bestäms av deras tekniska funktion är kravet på originalitet inte uppfyllt, eftersom de olika sätt på vilka en idé kan genomföras är så begränsade att idén och uttrycket flyter ihop. I ett sådant fall kan upphovsmannen inte uttrycka sin skaparanda på ett originellt sätt och nå ett resultat som utgör hans eller hennes egen intellektuella skapelse.¹¹ Det är endast upphovsmannens egna intellektuella skapelse, i den mening som definieras ovan, som gör ett verk skyddsvärt enligt upphovsrätten. Sådana komponenter som upphovsmannens intellektuella ansträngning och skicklighet kan inte i sig motivera att ett alster ska omfattas av upphovsrätt, om denna ansträngning och skicklighet inte ger uttryck för någon egenart.¹²

19. När dessa kriterier tillämpas i det nu aktuella fallet väcks allvarliga tvivel på om de aktuella handlingarna ska betraktas som verk i den mening som avses i unionens upphovsrätt, såsom den tolkats av domstolen. Jag ser det som föga sannolikt att upphovsmannen eller upphovsmännen till dessa handlingar, som vi inte vet vem eller vilka det är men som antagligen är statstjänstemän eller officerare i den federala förvarsmakten, kunde göra fria och kreativa val för att uttrycka sin kreativa förmåga när handlingarna skrevs. Handlingar av rent informativ karaktär, som ofrånkomligen skrivits på ett enkelt och neutralt språk, har ett innehåll som helt avgörs av de uppgifter de innehåller. Därmed sammanfaller uppgifterna och deras uttryck, och all egenart är således utesluten. Det krävs med all säkerhet en viss ansträngning och skicklighet för att ta fram handlingarna, men det kan inte i sig motivera ett upphovsrättsligt skydd. När denna fråga diskuterades vid förhandlingen gjorde parterna också gällande att själva strukturen hos de aktuella handlingarna skulle kunna skyddas av upphovsrätten. Denna struktur är att uppgifter om alla utländska uppdrag som den federala förvarsmakten deltar i läggs fram regelbundet. Rapporternas struktur tycks därmed inte mer kreativ än deras innehåll.

7 Dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkt 37).

8 Så är bland annat fallet i tysk rätt, där följande anges i 2 § 2 punkten UrhG: ”Med verk avses i denna lag endast personliga intellektuella skapelser.” Samma tanke återspeglas i begreppet originalitet i fransk upphovsrätt (dom av Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), plenum, av den 7 mars 1986, Babolat mot Pachot, nr 83–10477, offentliggjord i den officiella tidningen), i polsk rätt (artikel 1.1 i Ustawa o prawie utorskim i prawach pokrewnych (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter) av den 4 februari 1994) och i spansk rätt (artikel 10 i Ley de Propiedad Intelectual (lag om immaterialrätt) av den 24 april 1996). De anglosaxiska länderna har andra system för upphovsrätt (*copyright*).

9 Dom av den 16 juli 2009 (C-5/08, EU:C:2009:465).

10 Dom av den 1 december 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, punkterna 88 och 89).

11 Dom av den 22 december 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, punkterna 49 och 50).

12 Dom av den 1 mars 2012, Football Dataco m.fl. (C-604/10, EU:C:2012:115, punkt 33).

20. Funke Medien har bland andra anfört tvivel på om de aktuella handlingarna ska betraktas som verk som kan skyddas av upphovsrätt både i det nationella målet och i det nu vid EU-domstolen aktuella målet. Den hänskjutande domstolen har uppgett att frågan inte har avgjorts av domstolarna i lägre instans i det nationella förfarandet.¹³ Den hänskjutande domstolen anser emellertid att det inte är lämpligt att återförvisa målet till domstolen i andra instans för klargörande på denna punkt, eftersom det till följd av EU-domstolens svar på tolkningsfrågorna kan visa sig att handlingarna inte ska medges upphovsrättsligt skydd.

21. Jag har förståelse för dessa processekonomiska hänsyn. Tolkningsfrågorna i det nu aktuella målet berör emellertid viktiga rättsfrågor om förhållandet mellan upphovsrätten och de grundläggande rättigheterna som kan leda till att upphovsrättens berättigande eller till och med giltighet ifrågasätts mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna. Dessa frågor är till stor del följden av att de aktuella handlingarna inte är den arten av alster som vanligtvis omfattas av upphovsrätt, eftersom de har ett rent informativt innehåll, härrör från och fortfarande tillhör staten och är sekretessbelagda. Jag anser att det är åtminstone önskvärt att först reda ut om de aktuella handlingarna verkligen omfattas av upphovsrätten och, mer allmänt, av unionsrätten, innan vi går in på dessa väsentliga frågor.

22. Att avgöra om de aktuella handlingarna ska betraktas som verk i den mening som avses i upphovsrätten, såsom den harmoniserats i unionsrätten, är naturligtvis en bedömning av de faktiska omständigheterna som endast ska utföras av en nationell domstol. Jag anser emellertid, med hänsyn till de tvivel som berörs ovan och som även tycks delas av den hänskjutande domstolen, i frågan om unionens upphovsrätt är tillämplig på dessa handlingar, att EU-domstolen skulle kunna överväga att i enlighet med fast rättspraxis förklara att tolkningsfrågorna i det nu aktuella målet inte kan tas upp till sakprövning eftersom de i detta skede av det nationella målet är hypotetiska, på grund av att de vilar på ett antagande som inte har prövats av den hänskjutande domstolen.¹⁴

23. Jag ska ändå göra en materiell bedömning av saken i målet, för det fallet att EU-domstolen inte antar detta av mig förslagna tillvägagångssätt.

Inledande anmärkningar om tolkningsfrågorna i sak

24. Alla tolkningsfrågor i det nu aktuella målet har någon form av anknytning till frågan om förhållandet mellan upphovsrätten, som harmoniserats genom direktiv 2001/29, och de grundläggande rättigheterna, inte minst yttrandefriheten, som skyddas genom artikel 11 i stadgan.

25. Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan mot bakgrund av rättspraxis från Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen, Tyskland). Syftet är att få klarhet i om de bestämmelser i tysk rätt genom vilka direktiv 2001/29 införlivades ska tolkas enbart mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna enligt unionens rättsordning eller också mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna enligt den nationella grundlagen.

26. Den andra frågan är hur de grundläggande rättigheterna ska beaktas vid tolkningen av undantag och inskränkningar i upphovsrätten enligt direktiv 2001/29. Frågan är visserligen inte uttrycklig men formuleringen tyder på att den hänskjutande domstolen tycks vilja få klarhet i om dessa undantag, vid ett beaktande av de grundläggande rättigheterna och närmare bestämt rätten till information, kan tolkas så, att de omfattar användningen av de aktuella handlingarna i det nationella målet.

¹³ Den hänskjutande domstolen har endast angett att dessa handlingar inte direkt omfattas av undantaget från upphovsrätt, i egenskap av officiella publikationer, enligt 5 § 2 punkten UrhG. Detta är uppenbart, eftersom det rör sig om sekretessbelagda handlingar, som därmed inte är avsedda för allmänheten. För att en officiell handling ska kunna omfattas av upphovsrättsligt skydd är det emellertid inte tillräckligt att den inte omfattas av undantaget från upphovsrätt i denna bestämmelse. Den måste också uppfylla kriterierna för att betraktas som ett verk i upphovsrättslig mening. Denna aspekt har inte klargjorts i det nationella målet.

¹⁴ Se, bland annat, dom av den 18 december 2014, Schoenimport "Italmoda" Mariano Previti m.fl. (C-131/13, C-163/13 och C-164/13, EU:C:2014:2455, punkterna 31–39).

27. Den tredje tolkningsfrågan aktualiserar frågan om det finns andra eventuella undantag eller inskränkningar i upphovsrätten som inte föreskrivs i direktiv 2001/29 (eller i någon annan unionsrättslig rättsakt) men som är nödvändiga för att säkerställa respekten för de grundläggande rättigheterna.

28. Dessa tre frågor, som formulerats i mycket allmänna ordalag, har även tagits upp i två andra mål som ännu inte avgjorts av EU-domstolen. Båda dessa mål har föranletts av en begäran om förhandsavgörande från samma hänskjutande domstol.¹⁵ De tre målen avser helt olika faktiska omständigheter och berör olika grundläggande rättigheter. Det finns sannolikt ett oändligt antal andra tänkbara faktiska och rättsliga sammanhang där samma allmänna frågor om förhållandet mellan upphovsrätten och de grundläggande rättigheterna skulle kunna ställas.

29. Därför anser jag inte att det är relevant att göra en allmän bedömning av det aktuella problemet i det nationella målet. Jag anser att det vore alltför stelbent att lämna ett svar i allmänna ordalag, utan att ta hänsyn till den konkreta konfliktsituation som kan föreligga mellan upphovsrätten och en grundläggande rättighet, varvid det inte blir möjligt att göra en anpassning av upphovsrättssystemet om det visar sig nödvändigt. Att tillåta att systemet när som helst ifrågasätts och därmed berövas all rättssäkerhet vore i stället alltför slapphänt.

30. Detta gäller i än högre grad då upphovsrätten, som jag redogör för nedan, redan i sig omfattar mekanismer för att förena upphovsrätten med en respekt för de grundläggande rättigheterna, i första hand med yttrandefriheten. Dessa mekanismer borde i allmänhet vara tillräckliga, om inte själva giltigheten av de upphovsrättsliga bestämmelserna ska ifrågasättas mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna. Frågan om giltigheten av bestämmelserna i direktiv 2001/29 har emellertid inte gjorts gällande i det nu aktuella målet, och jag kan inte heller se något behov av detta.

31. Jag anser därför att varje viktning av upphovsrätten i förhållande till de grundläggande rättigheterna som går utöver en ren tolkning av de upphovsrättsliga bestämmelserna, något som ligger på gränsen mellan en tolkning och en tillämpning av lagstiftningen, ska göras mot bakgrund av omständigheterna i varje enskilt fall. Genom att bedömningen görs i varje enskilt fall kan proportionalitetsprincipen tillämpas så noggrant som möjligt, och således förhindras obefogade inskränkningar i såväl upphovsrätten som de grundläggande rättigheterna.

32. Tvisten i det nationella målet rör tillämpningen av upphovsrätten i ett fall som är speciellt i flera avseenden. Det skyddade alstret utgörs nämligen först och främst av statliga handlingar av rent informativ karaktär, som jag påpekat ovan. Det är därför svårt att särskilja dessa handlingar, i egenskap av upphovsrättsskyddade alster, från de uppgifter de innehåller. Vidare är det staten som är innehavaren av nämnda upphovsrätt, det vill säga den aktör som har skyldigheter, inte rättigheter, när det gäller de grundläggande rättigheterna. Även om man i detta fall använder sig av mekanismerna för upphovsrättsligt skydd är det uttalade syftet slutligen inte att utnyttja verket, utan att bevara sekretessen för de uppgifter som finns i handlingarna. Av dessa skäl anser jag att den hänskjutande domstolen inte kan lösa sitt problem på ett ändamålsenligt sätt om EU-domstolen endast besvarar tolkningsfrågorna såsom de formulerats av den hänskjutande domstolen.

33. Jag föreslår därför att EU-domstolen, för att kunna ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar som kan lösa den konkreta tvisten i det nationella målet, ska omformulera tolkningsfrågorna och behandla dem tillsammans med utgångspunkt i Funke Mediens yttrandefrihet, inte i Förbundsrepubliken Tysklands upphovsrätt. Som jag ser det vill den hänskjutande domstolen nämligen få klarhet i om artikel 11 i stadgan ska tolkas så, att den hindrar en medlemsstat från att göra gällande en upphovsrätt till sådana handlingar som de aktuella i det nationella målet för att begränsa yttrandefriheten enligt denna artikel.

¹⁵ Mål C-476/17, Pelham, och mål C-516/17, Spiegel Online.

Upphovsrätt och yttrandefrihet

34. I artikel 11 i stadgan föreskrivs att ”frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar” är en del av den yttrandefrihet och informationsfrihet som slås fast i denna artikel. I punkt 2 berörs också mediernas frihet. Denna rätt har sin motsvarighet i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen). I artikel 10 i Europakonventionen definieras yttrandefrihet i samma ordalag som i artikel 11.1 i stadgan.

35. Upphovsrätten däremot, såsom den harmoniserats i unionsrätten, ger upphovsmän ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande och överföring till allmänheten av sina verk. Även om upphovsrätten som jag förklarar mer ingående nedan inte omfattar de uppgifter och tankar som ingår i verken utan deras uttryck, kan den naturligtvis ändå komma i konflikt med yttrandefriheten. För det första är yttrandefriheten naturligtvis tillämplig på överföring av ett verk som skyddas av upphovsrätt, oavsett om överföringen utförs av upphovsmannen själv, med upphovsmannens medgivande eller utan ett sådant medgivande. Även när ett verk inte är det enda eller det huvudsakliga föremålet för överföringen kan det för det andra ibland vara svårt, eller rent av omöjligt, att överföra vissa tankar utan att samtidigt överföra åtminstone en del av någon annans verk. Ta till exempel konstkritik. När det ställs krav på att upphovsmannen först ger sitt medgivande (och upphovsmannen ges rätten att inte ge sitt medgivande) innebär upphovsrätten således nödvändigtvis en inskränkning i yttrandefriheten.

36. Det är allmänt känt att upphovsrätten i sig innehåller mekanismer för att avhjälpa eventuella motstridigheter mellan de grundläggande rättigheterna, bland annat yttrandefriheten, och upphovsrätten.¹⁶

37. För det första finns principen att upphovsrätten inte skyddar tankar utan uttryck. På så sätt skyddas yttrandefriheten när det gäller överföring och mottagande av uppgifter. Denna princip berörs ovan i den del som rör frågan om tolkningsfrågorna kan upptas till sakprövning,¹⁷ och därför ska jag inte upprepa mig.

38. För det andra blir upphovsrätten förenlig med de grundläggande rättigheterna genom olika undantag. Genom dessa undantag kan verk användas i olika situationer som kan omfattas av de olika grundläggande fri- och rättigheterna, utan att upphovsmännen för den skull fråntas kärnan i sina rättigheter, det vill säga att deras anknytning till sina verk respekteras och att de kan utnyttja dem ekonomiskt.

39. Undantagen från upphovsrätten har harmoniserats i unionsrätten genom bland annat artikel 5 i direktiv 2001/29. Dessa undantag är visserligen frivilliga. Medlemsstaterna är formellt sett inte skyldiga att föreskriva dem i den nationella lagstiftningen. Jag anser emellertid att de snarare är ett sätt för unionslagstiftaren att ge medlemsstaterna en större flexibilitet i genomförandet av dessa undantag än en reell möjlighet att välja om de ska föreskriva undantagen eller inte. Upphovsrätten fanns nämligen i medlemsstaternas rättsordningar långt innan den harmoniserades på unionsnivå genom direktiv 2001/29. Det är för övrigt skälet till denna harmonisering.¹⁸ Unionslagstiftaren har

¹⁶ Se, bland annat, Barta, J., Markiewicz, R., *Pravo autorskie*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2016, s. 635 och följande sidor, och Vivant, M., Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2016, s. 519 och följande sidor. Se även, till exempel, Geiger, C., Izyumenko, E., "Copyright on the human right's trial: redefining the boundaries of exclusivity through freedom of expression", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45 (2014), s. 316–342, och Lucas, A., Ginsburg, J.C., "Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)", *Revue internationale du droit d'auteur*, vol. 249 (2016), s. 4–153.

¹⁷ Se ovan punkterna 15 och 16.

¹⁸ Se skälen 6 och 7 i direktiv 2001/29.

emellertid till synes inte velat riva upp de olika traditioner och formuleringar av undantag som utvecklats i de nationella rättssystemen. Faktum kvarstår, de flesta undantagen i artikel 5 i direktiv 2001/29 finns i en eller annan form i alla de nationella upphovsrättslagstiftningarna i medlemsstaterna.¹⁹

40. I normala fall innebär dessa interna inskränkningar i upphovsrätten att de grundläggande fri- och rättigheterna kan förenas med upphovsmännens ensamrätt till användningen av deras verk på ett i huvudsak tillfredsställande sätt. Trots dessa inskränkningar ska upphovsrätten, som varje annan rättskorpus, fortfarande tillämpas med respekt för de grundläggande rättigheterna, vilket kan kontrolleras av domstol. Om det visar sig att det finns systematiska brister när det gäller skyddet av en grundläggande rättighet i förhållande till upphovsrätten kan detta ifrågasätta upphovsrättens giltighet, och då uppstår frågan om en lagändring. Det kan dock finnas undantagsfall då upphovsrätten, som under andra omständigheter mycket väl skulle kunna vara berättigad till rättsligt skydd och domstolsskydd, måste stå tillbaka för ett tyngre vägande intresse som rör förverkligandet av en grundläggande fri- eller rättighet.

41. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) har nyligen erinrat om att det finns en sådan extern inskränkning i upphovsrätten. Europadomstolen har i två avgöranden²⁰ funnit att en talan i fråga om det upphovsrättsliga skyddet i en stat som är part i Europakonventionen kan kontrolleras med avseende på dess överensstämmelse med yttrandefriheten enligt artikel 10 i Europakonventionen. Europadomstolen fastställde inte att yttrandefriheten hade kränkts i de två ovannämnda målen. Europadomstolen slog fast att svarandena (stater som undertecknat Europakonventionen) med hänsyn till arten av de aktuella överföringarna (som hade ett kommersiellt syfte) och andra berörda personers rättigheter (upphovsrättsinnehavarna) hade ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att avgöra vilket behov det finns i ett demokratiskt samhälle av att inskränka yttrandefriheten som en följd av upphovsrätten.

42. Bedömningen skulle kunna bli en annan under andra omständigheter än de aktuella i de två ovannämnda målen, inte minst i en sådan situation när överföringen av det verk för vilket upphovsrätt åberopas, som i det nu aktuella målet, är ett bidrag i en debatt av allmänintresse och verket utgörs av en stats officiella handlingar som är av informativ karaktär. Jag föreslår därför att EU-domstolen ska föra ett liknande resonemang som Europadomstolen.

43. Detta är i högsta grad berättigat i och med att det framgår av artikel 52.3 i stadgan att i den mån stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i den konventionen. Artikel 11 i stadgan motsvarar artikel 10 i Europakonventionen.²¹ EU-domstolen har, som den hänskjutande domstolen påpekat i sin begäran, slagit fast att Europakonventionen inte formellt har införlivats med unionsrätten och att giltigheten av såväl bestämmelserna i unionsrätten som i nationell rätt därför ska bedömas enbart mot bakgrund av stadgan.²² Det betyder emellertid inte att Europakonventionen, såsom den tolkats av Europadomstolen, inte bör beaktas vid tolkningen av stadgan i samband med denna bedömning.²³ I så fall skulle artikel 52.3 i stadgan nämligen vara fullständigt meningslös.

19 Kanske återigen med undantag av Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, där begreppet *fair use* har utvecklats i enlighet med den anglosaxiska *copyright*-traditionen; *fair use* utgör en allmän inskränkning i upphovsrätten och den tillämpas från fall till fall.

20 Europadomstolens dom av den 10 januari 2013, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), och Europadomstolens beslut av den 19 februari 2013, Fredrik Neij och Peter Sunde Kolmisoppi mot Sverige (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712).

21 Se förklarande anmärkning om artikel 52 i stadgan.

22 Se dom av den 15 februari 2016, N (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkterna 45 och 46 och där angiven rättspraxis), respektive dom av den 5 april 2017, Orsi och Baldetti (C-217/15 och C-350/15, EU:C:2017:264, punkt 15).

23 Vilket EU-domstolen för övrigt redan har konstaterat, se dom av den 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punkt 53), och dom av den 22 december 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811, punkt 35).

Upphovsrättsligt skydd för militärrapporter mot bakgrund av artikel 11 i stadgan

44. Enligt artikel 51.1 i stadgan riktar sig stadgan till medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten. Det står klart att de tyska domstolarnas tillämpning av de bestämmelser genom vilka direktiv 2001/29 införlivats är en del av tillämpningen av unionsrätten i det nationella målet. Därmed ska stadgans bestämmelser tillämpas, i synnerhet skyldigheten att respektera Funke Mediens yttrandefrihet i den mening som avses i artikel 11 i stadgan. Flera inslag i detta mål leder emellertid till slutsatsen att ett upphovsrättsligt skydd för de aktuella handlingarna strider mot nämnda artikel i stadgan.

Möjliga inskränkningar i yttrandefriheten

45. Som jag ser det råder det inga tvivel om att ett offentliggörande av sådana sekretessbelagda handlingar som de som är aktuella i det nationella målet kan hänföras till yttrandefriheten.²⁴ Jag anser att det också står klart att den upphovsrätt som Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande inskränker yttrandefriheten.²⁵ På dessa punkter behövs ingen vidareutveckling. Det finns inget absolut förbud mot sådana inskränkningar i yttrandefriheten. Både i Europakonventionen, i artikel 10.2, och i stadgan, i artikel 52.1, anges skäl som kan motivera inskränkningar i yttrandefriheten och villkor för sådana inskränkningar.

46. Jag kommer inte att ge mig in i diskussionen om de skäl för inskränkning som anges i Europakonventionen äger företräde framför de skäl som anges i stadgan när det gäller friheter som skyddas analogt genom de båda instrumenten.²⁶ Jag föreslår i stället att de ska betraktas som likvärdiga, vilket enligt min mening bäst motsvarar vad som slås fast i artikel 52.3 i stadgan, att motsvarande rättigheter i de båda instrumenten ska ha samma innebörd och räckvidd.

47. När det gäller en inskränkning i yttrandefriheten i en sådan situation som den i det nationella målet, tycks det mest uppenbara skälet vara att förhindra spridning av sekretessbelagda underrättelser som rör nationell säkerhet. Dessa två skäl för att begränsa yttrandefriheten anges uttryckligen i artikel 10.2 i Europakonventionen.

48. Stadgan är inte lika tydlig. I artikel 52.1 anges endast allmänt ”mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen”. Enligt den förklarande anmärkningen till artikel 52 i stadgan omfattar dessa intressen emellertid, förutom de mål som anges i artikel 3 FEU, medlemsstaternas intressen som unionen ska respektera. Framför allt anges artikel 346 FEUF uttryckligen i denna anmärkning, enligt vilken ”[i]ngen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.” Att skydda den nationella säkerheten anges som en av de ”väsentliga statliga funktioner” som unionen ska respektera enligt artikel 4.2 FEU.

49. Att skydda sekretessen för vissa uppgifter i syfte att bevara den nationella säkerheten är således ett berättigat skäl för att inskränka yttrandefriheten mot bakgrund av såväl Europakonventionen som stadgan. Tvisten i det nationella målet rör dock inte skyddet av de aktuella handlingarna i egenskap av sekretessbelagda uppgifter, utan i egenskap av upphovsrättsligt skyddade alster. Företrädaren för den tyska regeringen uppgav nämligen uttryckligen vid förhandlingen att Förbundsrepubliken Tyskland, även om det enda syftet med talan mot Funke Medien var att skydda sekretessbelagda uppgifter i handlingarna, ansåg att hotet mot statens säkerhet till följd av en utlämning av uppgifterna inte var av den graden att det motiverade en inskränkning i yttrande- och pressfriheten. Denna medlemsstat har således valt en ”ovanlig” väg. I stället för att inleda straffrättsliga förfaranden för att sekretessbelagda uppgifter har röjts har medlemsstaten gjort gällande sin upphovsrätt till dessa handlingar.

24 Se, bland annat, Europadomstolens dom av den 19 januari 2016, Görmüs m.fl. mot Turkiet (CE:ECHR:2016:0119JUD004908507, punkt 32).

25 Se Europadomstolens dom av den 10 januari 2013, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, punkt 34).

26 Frågan analyseras ingående i Peers, S., i Peers, S., m.fl., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 1515–1521.

50. Det finns således anledning att pröva om skyddet av denna upphovsrätt kan motivera en inskränkning i yttrandefriheten enligt artikel 10 i Europakonventionen och artikel 11 i stadgan.

Statens upphovsrätt till militärrapporter som skäl för att inskränka yttrandefriheten

51. Utövandet av upphovsrätt, som är en subjektiv rättighet, är normalt inte hänförligt till något allmänintresse. En rättsinnehavare som åberopar sin upphovsrätt förverkligar ett särintresse, inte ett allmänintresse. Därmed kan upphovsrätten visserligen motivera en inskränkning i de grundläggande rättigheterna, såsom yttrandefriheten, men då för att skydda andra människors rättigheter, ett skäl till inskränkning som anges i både artikel 10.2 i Europakonventionen och i artikel 52.1 i stadgan.²⁷

52. Andra människors rättigheter omfattar i första hand de rättigheter och friheter som garanteras genom Europakonventionen och stadgan. Vid en sådan konfliktsituation mellan olika grundläggande rättigheter krävs en avvägning mellan dessa rättigheter.²⁸ Upphovsrätten, som är en immateriell rättighet, ska vid tillämpningen av detta skydd likställas med rätten till egendom enligt artikel 1 i tilläggsprotokollet till Europakonventionen och artikel 17 i stadgan.²⁹ EU-domstolen har flera gånger medgett att en korrekt avvägning måste säkerställas mellan den immateriella äganderätten, däribland upphovsrätten, och andra grundläggande rättigheter som garanteras genom stadgan.³⁰

53. Detta resonemang tycks emellertid inte vara tillämpligt i en specifik situation där upphovsrättsinnehavaren som i det nu aktuella fallet är en medlemsstat. Medlemsstaterna och de stater som undertecknat Europakonventionen är inte rättighetsbärare utan skyldighetsbärare när det gäller de grundläggande rättigheterna. De är skyldiga att respektera och skydda dessa rättigheter inte för egen del utan för enskilda. Gentemot vem skulle medlemsstaterna i själva verket skydda sina grundläggande rättigheter? Naturligtvis inte gentemot sig själva, utan i så fall gentemot enskilda. Det skulle strida mot själva grundtanken bakom de grundläggande rättigheterna, såsom den formats sedan 1789 års förklaring om mänskliga och medborgerliga rättigheter, nämligen att skydda enskilda mot den offentliga makten, inte att skydda den offentliga makten mot enskilda.

54. Jag menar naturligtvis inte att staten inte kan ha en *civilrättslig* rätt till egendom, inbegripet immateriell egendom. Staten kan dock inte göra gällande en *grundläggande* rätt till egendom för att begränsa en annan grundläggande rättighet som garanteras genom Europakonventionen eller stadgan.

55. Även om andra människors rättigheter, vilka enligt artikel 10.2 i Europakonventionen och artikel 52.1 i stadgan kan motivera en inskränkning av yttrandefriheten, av samma skäl som de ovan angivna ansågs omfatta även andra rättigheter än dem som skyddas genom dessa instrument, anser jag inte heller att denna motivering kan grundas på rättigheter som innehas av staten själv. Om staten kunde göra gällande egna enskilda rättigheter, utöver allmänintresset, i syfte att begränsa de grundläggande rättigheterna, skulle följden nämligen bli att de grundläggande rättigheterna skulle utplånas.

27 I stadgan talas närmare bestämt om "andra människors rättigheter och friheter", medan Europakonventionen endast hänför sig till "annans rättigheter". Jag anser emellertid att dessa begrepp är likvärdiga.

28 Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom av den 10 januari 2013, Ashby Donald m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, punkt 40). Se även Peers, S., ovan angivet verk, s. 1475.

29 I artikel 17.2 i stadgan anges även uttryckligen immateriell egendom.

30 Se, för ett aktuellt exempel, dom av den 15 september 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, punkterna 82–84).

56. Således kan en medlemsstat enbart grunda sig på allmänintresset för att motivera en inskränkning i en grundläggande rättighet som garanteras genom Europakonventionen eller stadgan. Som jag angett ovan har Förbundsrepubliken Tyskland i det nu aktuella fallet funnit att det vore oproportionellt med den inskränkning i yttrandefriheten och pressfriheten som skulle bli följden om Funke Medien lagfördes för att ha spridit de aktuella handlingarna i det nationella målet i förhållande till allmänintresset av att bevara sekretessen för handlingarna. I ett sådant läge kan en medlemsstat inte göra gällande sin upphovsrätt i stället för ett allmänintresse.

57. Även om denna svårighet övervanns, till exempel genom att skyddet av statens upphovsrätt ansågs hänförligt till ett allmänintresse, vilket enligt min mening är tveksamt, måste inskränkningar i yttrandefriheten vara nödvändiga enligt såväl artikel 10.2 i Europakonventionen som artikel 52.1 i stadgan.³¹ Det villkoret tycks emellertid inte vara uppfyllt i det nu aktuella fallet.

Huruvida militärrapporter behöver skyddas av upphovsrätt

58. Upphovsrätten har två huvudsyften. Det första är att skydda upphovsmannens personliga anknytning till verket i egenskap av upphovsmannens intellektuella skapelse och därmed i någon mån förlängning av upphovsmannens personlighet. Då rör det sig huvudsakligen om ideella rättigheter. Det andra syftet är att göra det möjligt för en upphovsman att utnyttja sitt verk ekonomiskt och därmed få en inkomst av sin kreativa ansträngning. Här rör sig om ekonomiska rättigheter som har harmoniserats i unionsrätten. För att en inskränkning i yttrandefriheten till följd av upphovsrätten ska kunna anses nödvändig måste åtminstone ett av dessa båda syften vara uppfyllt. Jag anser inte att ett upphovsrättsligt skydd av sådana militärrapporter som de som är aktuella i det nationella målet uppfyller något av dessa syften.

59. När det för det första gäller skyddet av upphovsmannens anknytning till verket, är det av uppenbara skäl omöjligt att betrakta Förbundsrepubliken Tyskland som upphovsman till de aktuella handlingarna, även om landet genom något slags rättslig fiktion kan betraktas som upphovsrättsinnehavare till dem. Den verkliga författaren eller, mer sannolikt, de verkliga författarna är fullständigt anonyma, i och med att de aktuella handlingarna tas fram kontinuerligt och som alla officiella handlingar går igenom en hierarkisk kontroll. Författarna tar fram handlingarna, eller delar av dem, inom ramen för sina yrkesrelaterade förpliktelser som statstjänstemän eller officerare, inte inom ramen för en personlig kreativ verksamhet.³² Det finns således ingen egentlig upphovsman till dessa handlingar i den mening som avses i upphovsrätten. Därmed kan det inte vara fråga om att skydda upphovsmannens anknytning till verket.

60. Det är visserligen riktigt att ideella rättigheter, som bekräftas i skäl 19 i direktiv 2001/29, inte omfattas av direktivets tillämpningsområde eller av unionsrätten i allmänhet. Ändå har upphovsrätten, såväl de ideella som de ekonomiska rättigheterna, sitt ursprung och sitt berättigande i upphovsmannens särskilda förhållande till sitt verk. Finns det ingen upphovsman finns det således ingen upphovsrätt, vare sig ideell eller ekonomisk.

61. När det för det andra gäller det ekonomiska utnyttjandet, har det visat sig att det enda syftet med de åtgärder som Förbundsrepubliken Tyskland vidtagit i det nationella målet är att skydda sekretessen för vissa känsliga uppgifter i de aktuella handlingarna, inte hela handlingarna, eftersom de offentliggjorts i en annan version, i form av UdÖ:er. Detta faller dock utanför upphovsrättens syften. Upphovsrätten utnyttjas således i helt andra syften.

31 I konventionen anges även "i ett demokratiskt samhälle", vilket sannolikt tas för givet i stadgan. Jag ska inte här uttala mig om kravet på att inskränkningarna ska vara lagenliga, eftersom upphovsrättskyddet onekligen följer av lagen.

32 Se även mina kommentarer om verkshöjden på dessa handlingar i avsnittet ovan där jag behandlar frågan om tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning.

62. När Förbundsrepubliken Tyskland fann att intresset av att skydda de aktuella handlingarna i egenskap av sekretessbelagda handlingar inte motiverade den inskränkning i yttrandefriheten som det skulle innebära, beslutade Tyskland att nå samma resultat genom att åberopa sin upphovsrätt till handlingarna, trots att upphovsrätten har helt andra syften och det inte ens är fastställt att dessa handlingar utgör verk i upphovsrättens mening.

63. Jag anser inte att det är godtagbart.

64. Den inskränkning i yttrandefriheten som ett upphovsrättsligt skydd av handlingarna i fråga skulle innebära är inte bara onödigt utan direkt skadligt i ett demokratiskt samhälle. En av de viktigaste funktionerna för yttrandefriheten och den mediefrihet som uttryckligen, enligt artikel 11.2 i stadgan, är en del av denna frihet, är medborgarnas kontroll av makten, en oundgänglig del av varje demokratiskt samhälle. Denna kontroll kan utföras bland annat genom att man sprider vissa uppgifter eller vissa handlingar vars innehåll eller själva existens (eller till och med inexistens) makten vill dölja. Vissa uppgifter måste naturligtvis hållas hemliga, även i ett demokratiskt samhälle, om deras utlämnande utgör ett hot mot statens väsentliga intressen och följaktligen för det demokratiska samhället. De ska då beläggas med sekretess och skyddas i enlighet med de förfaranden som fastställts för detta ändamål och under domstolskontroll. Utanför dessa förfaranden eller om staten själv avstår från att tillämpa dem, kan staten dock inte tillåtas att åberopa upphovsrätten till vilken handling som helst för att förhindra att statens verksamhet kontrolleras.

Slutsats i denna del

65. Sammanfattningsvis är ett eventuellt upphovsrättsligt skydd av de aktuella handlingarna inte hänförligt till den grundläggande rätten till immateriell egendom. Således ska det bedömas enbart som en inskränkning i yttrandefriheten enligt artikel 11 i stadgan. Denna inskränkning är emellertid inte nödvändig och motsvarar faktiskt inte något allmänintresse eller behovet av att skydda andra människors rättigheter i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan.

66. Jag föreslår därför att EU-domstolen, om den tar upp frågorna i detta mål till sakprövning, lämnar följande svar. Artikel 11 i stadgan, jämförd med artikel 52.1 i samma stadga, ska tolkas så, att en medlemsstat inte kan åberopa upphovsrätten enligt artikel 2 a och artikel 3.1 i direktiv 2001/29 i syfte att hindra att sekretessbelagda handlingar som härrör från denna medlemsstat överförs till allmänheten inom ramen för en debatt om frågor av allmänintresse. Denna tolkning hindrar inte att denna medlemsstat tillämpar andra bestämmelser i nationell rätt, med iakttagande av unionsrätten, inte minst bestämmelserna om skydd av sekretessbelagda uppgifter.

Tolkningsfrågorna

67. Jag föreslår, i enlighet med vad jag angett ovan i de inledande anmärkningarna, att EU-domstolen omformulerar tolkningsfrågorna för att pröva om upphovsrätten, såsom den har harmoniserats i unionsrätten, är tillämplig på de aktuella handlingarna mot bakgrund av yttrandefriheten. Denna bedömning och således den föreslagna lösningen ligger före tolkningsfrågorna, såsom de har formulerats i beslutet om hänskjutande.

68. Den första frågan avser nämligen medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av direktiv 2001/29. Som den hänskjutande domstolen har angett i sin begäran har denna fråga ställts mot bakgrund av rättspraxis från Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen). Denna rättspraxis innebär att medlemsstaternas tillämpning av unionsrätten, för det fallet att de har ett utrymme för skönsmässig bedömning, ska bedömas mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna såsom de kommer till uttryck i den tyska grundlagen. Om de inte har något utrymme för skönsmässig bedömning är stadgan den enda relevanta referenspunkten.

Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen) har utvecklat denna rättspraxis som en följd av EU-domstolens rättspraxis.³³ Mitt förslag till svar följer emellertid helt och hållet av förhållandet mellan bestämmelserna i unionsrätten, det vill säga bestämmelserna i direktiv 2001/29 och i stadgan. Någon bedömning av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning behöver inte göras.

69. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i om det är möjligt (eller nödvändigt) att ta hänsyn till yttrandefriheten vid tolkningen av undantagen från upphovsrätten enligt artikel 5 i direktiv 2001/29. Det är riktigt att EU-domstolen rekommenderade ett sådant beaktande i domen Deckmyn och Vrijheidsfonds.³⁴ Situationen i det målet var emellertid en annan än situationen i det nu aktuella målet. Lösningen i det mål som avgjordes genom domen Deckmyn och Vrijheidsfonds grundade sig på presumtionen att det undantag (parodi) som var i fråga var tillämpligt i det aktuella fallet.³⁵ Frågan var om det var möjligt att *inte* tillämpa det på grund av att de aktuella upphovsrättsinnehavarnas legitima intressen stred mot denna tillämpning.³⁶

70. I det nu aktuella målet tycks den hänskjutande domstolen föreslå en bred tolkning, med inspiration från yttrandefriheten, av själva räckvidden och tillämpningsvillkoren för de undantag som kan komma i fråga. Jag anser emellertid att upphovsrättsligt skydd inte ska medges i ett sådant speciellt fall som det som är aktuellt i det nationella målet, oavsett om ett undantag kan vara tillämpligt.

71. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan för att EU-domstolen ska överväga möjligheten att tillämpa andra undantag och inskränkningar i upphovsrätten än dem som föreskrivs i direktiv 2001/29 för att skydda yttrandefriheten. Det svar som jag föreslår skulle kunna uppfattas som ett jakande svar på vad som föreslås i denna tolkningsfråga. Det finns dock en väsentlig skillnad mellan den hänskjutande domstolens synsätt och det som jag föreslår i detta förslag till avgörande. Det är nämligen en helt annan sak att låta yttrandefriheten väga tyngre än upphovsrätten i en konkret och mycket speciell situation än att i det harmoniserade upphovsrättssystemet införa undantag och inskränkningar som till sin art skulle kunna vara allmänt tillämpliga, utöver de bestämmelser i positiv unionsrätt som reglerar denna fråga.

72. Av dessa skäl föreslår jag att EU-domstolen inte gör någon ingående bedömning av tolkningsfrågorna. EU-domstolen kommer dessutom ändå att få tillfälle att besvara dem, eftersom dessa frågor har ställts i två andra mål som jag angett ovan. Dessa två andra mål rör typiska situationer där upphovsrätten ska tillämpas och där en bedömning av dessa frågor kommer att vara användbar.

Förslag till avgörande

73. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att EU-domstolen förklarar att frågorna från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) i detta fall inte kan tas upp till sakprövning, eller besvarar dessa frågor på följande sätt:

Artikel 11 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, jämförd med artikel 52.1 i samma stadga, ska tolkas så, att en medlemsstat inte kan åberopa sin upphovsrätt enligt artikel 2 a och artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, i syfte att hindra att sekretessbelagda handlingar som härrör från denna medlemsstat överförs till allmänheten inom

33 Särskilt dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 29).

34 Dom av den 3 september 2014 (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 2 andra stycket i domslutet).

35 "Om den omtvistade teckningen uppvisar ovannämnda väsentliga kännetecken för en parodi ..." (dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, punkt 2 tredje stycket i domslutet).

36 Dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkterna 30–32).

ramen för en debatt om frågor av allmänintresse. Denna tolkning hindrar inte att nämnda medlemsstat tillämpar andra bestämmelser i nationell rätt, med iakttagande av unionsrätten, inte minst bestämmelserna om skydd av sekretessbelagda uppgifter.